

Niños apenados. Obstáculos para debatir la imputabilidad de niños

POR ERNESTO E. DOMENECH^(*)

Sumario: I. Algunos obstáculos en el análisis del régimen penal de los jóvenes.- II. Circunstancias generales.- III.- Los obstáculos.- IV.- Bibliografía

Resumen: este trabajo interroga las dificultades que presenta en la República Argentina el debate sobre la imputabilidad penal de niños y jóvenes. Sitúa estas dificultades en contexto y enuncia obstáculos que debilitan la calidad del debate, de su planteamiento, los argumentos con que se lleva adelante y, por ende, la posibilidad de llegar a acuerdos sustentables.

Palabras claves: imputabilidad penal - niños y jóvenes - debate social - obstáculos

Grieved children. Obstacles to debate the imputability of children

Abstract: *the present article wonders about the difficulty debating the imputability of young people in the Argentine Republic. It puts these hardships in context and enounces some obstacles that weaken the quality of the debate, the way it's introduced, the arguments that are being used and, finally, how all these cause difficulties reaching sustainable agreements.*

Keywords: *kids and young people - social debate - obstacles*

El conocimiento de lo real es una luz que siempre proyecta alguna sombra. Jamás es inmediata y plena. Las revelaciones de lo real son siempre recurrentes. Lo real no es jamás "lo que podría creerse", sino siempre lo que debiera haberse pensado. El pensamiento empírico es claro, inmediato, cuando ha sido bien montado el aparejo de las razones. Al volver sobre un pasado de errores, se encuentra la verdad en un verdadero estado de arrepentimiento intelectual.

Gastón Bachelard

^(*) Prof. Titular Ordinario Derecho Penal I. Director del Instituto de Derecho Penal y de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

*No hace falta creer que la cuestión de la complejidad
se plantea solamente hoy en día, a partir de nuevos desarrollos científicos.
Hace falta ver la complejidad allí donde ella parecer estar, por lo general au-
sente, como, por ejemplo, en la vida cotidiana*
Edgar Morin

I. Algunos obstáculos en el análisis del régimen penal de los jóvenes

El debate y análisis de la modificación del actualmente vigente régimen penal juvenil debe sortear verdaderos obstáculos que operan como lo hacen los llamados obstáculos epistemológicos en la ciencia (1) (Bachelard, 1948, p. 15).

Estas dificultades atraviesan el debate del problema que se enfrenta, sus términos y argumentos y, por ende, se inscriben en los acuerdos que, tras los desacuerdos, puedan obtenerse.

No discutiré, entonces, la necesidad de una reforma legal del régimen penal juvenil (ya la CSJN ha destacado esta cuestión), ni algunos puntos de partida que no son objeto de discusión, como la necesidad de respetar las disposiciones de la CIDN que posee rango constitucional u otras normativas a las que la República ha adherido.

En síntesis: presentaré primero el contexto en el que este debate tiene lugar en la República, señalaré luego los obstáculos que he identificado y, por último, aludiré al significado e importancia de las trasgresiones penales de niños.

Una meditación sobre este problema implica, además, una clara caracterización del contexto en el que régimen es pensado. No es posible, en general, pensar leyes al margen del contexto en que se habrán de aplicar, aunque no es sencillo describir y acotar ese contexto con circunstancias que sean especialmente relevantes.

Es conveniente detenernos primero en algunas circunstancias relevantes generales que no pueden ser desconocidas y luego en otras estrechamente vinculadas con la legalidad.

(1) "Es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones. Es ahí donde mostraremos causas de estancamiento y hasta de retroceso, es ahí donde discerniremos causas de inercia que llamaremos obstáculos epistemológicos" (Bachelard, 1948, p. 15).

II. Circunstancias generales

Las infancias no son únicas sino plurales y existe una significativa “deuda social” respecto ellas y sus derechos que ha merecido detenidas y minuciosas observaciones (Salvia, 2008), sobre todo cuando, en términos de Unicef (2017): “En Argentina el 29,7% de las personas está en situación de pobreza. Sin embargo, cuando nos centramos en hogares donde residen niñas, niños y adolescentes este porcentaje asciende al 47,7% (18 puntos porcentuales más que la pobreza en general). 2 Esta diferencia muestra la mayor incidencia de la pobreza en la niñez y adolescencia, debida al mayor tamaño relativo de los hogares de bajos ingresos y a la elevada cantidad de niñas y niños que residen en ellos. La pobreza extrema, por su parte, afecta al 10,8% de los niños y adolescentes del país, frente al 5,6% de la población general”. Esta situación impacta en la educación y el trabajo, así como en los procesos de socialización.

La niñez ha sufrido profundas transformaciones relacionadas con las nuevas tecnologías, ya sea que los niños sean víctimas de ellas o victimarios. Cambios que mutan la educación, la comunicación y la intimidad de niños y adultos.

La niñez como colectivo se ha acortado en función de la extensión de la adolescencia en sus edades extremas, ya sea porque la adolescencia se anticipe o porque se extienda. Hoy la OMS caracteriza a la adolescencia entre los 10 y los 19 años, es decir que la extiende más allá de la niñez determinada por la CIDN.

La adultez también ha recibido el impacto de los cambios culturales vinculados con la infancia y, en este sentido, se han producido significativas crisis y mutaciones en las instituciones en las que los niños socializan y conviven, como las familias y la escuela. Crisis de roles, de límites, de funciones, de autoridad. En este sentido, los niños y jóvenes poseen capacidades “crecientes”, a las que más adelante aludiremos. Y los adultos habitan una sociedad del cansancio (Byung-Chul Han, 2012) que los consume, en la que el narcisismo padece de hiperinflación (Byung-Chul Han, 2014), y la autoridad adulta entra en debacle (Narodowski, 2016).

II.1. Circunstancias relacionadas con la legalidad

Claro que, más allá de estas circunstancias generales, otras más vinculadas a la legalidad del país deben ser tenidas en cuenta.

II.1.1. La inflación legislativa y la eficacia de las leyes

La primera de estas circunstancias es que la sanción de nuevas leyes en modo alguno ha demostrado asegurar mejores derechos y deberes para niños o adul-

tos. Las recientes transformaciones en la Provincia de Buenos Aires son un claro ejemplo de ello.

Una fe en la legalidad como motor de cambio ignora que las leyes son textos sometidos a lecturas, interpretaciones y usos que no dependen del legislador y comprometen a otros poderes y al tejido social en general. Más aún, se vive en la actualidad una singular “inflación legislativa”, en especial en la materia penal, que produce singulares consecuencias.

Una de ellas es la anomia, como hace años ya lo destaca el profesor Carlos S. Nino. Esa anomia prolifera aún más si las leyes presentan severas dificultades de técnica legislativa derivadas de la poca observancia de las normas constitucionales, la institución de defectos “lógicos” del conjunto de reglas, como los vacíos, las redundancias y contradicciones, el empleo de fórmulas legales de gran vaguedad o la ausencia de previsión en los recursos necesarios para que las nuevas leyes puedan operar, es decir la racionalidad pragmática de las leyes (Atienza, 1989).

Otra consecuencia estrechamente relacionada con la multiplicidad de leyes radica en la imposibilidad de estudiarlas adecuadamente y de encontrar criterios de aplicación y uso de las reglas que funcionen como paliativos de las severas dificultades que presentan.

En el ámbito específicamente penal, la proliferación de leyes penales ha desestructurado el Código Penal (2), no ha mejorado los índices de conflictividad social y ha dado lugar al surgimiento de un denominado “derecho penal simbólico”, sin perjuicio de las dificultades severas que surgen de los modos de interpretar las leyes penales, muchas veces banalizadas y otras tantas en conflicto con las leyes provinciales de procedimiento o ejecución penal. La multiplicidad de leyes en materia de infancia en la Provincia de Buenos Aires es un claro ejemplo de todas estas dificultades.

La ley 12.607 no pudo nunca ponerse en vigencia por el temor a las carencias presupuestarias para hacerlo. Recién sancionada fue impugnada por inconstitucional por la Procuración de la Corte, la Suprema Corte de Justicia dictó una cautelar bloqueando su vigencia y, para cuando fue considerada constitucional, el propio Poder Legislativo la dejó sin efecto. La ley 13.298, que la sustituyó, fue una ley

(2) Muchas de estas modificaciones evidencian tensiones entre el incremento de las penas, sus modos de ejecución, las prisiones preventivas y las excarcelaciones, otras exhiben mecanismos destinados a eludir los juicios o simplificarlos. Ese primer conjunto de modificaciones, en muchas ocasiones, se ha denominado derecho penal del enemigo y no deja de ser curiosos que la actual videovigilancia haya sido un caldo propicio para la percepción del Otro como enemigo (Wajcman, 2011, p. 90).

profética que anunció la llegada de una nueva legislación y la ley 13.634, también con vigencia postergada, es un ejemplo de normas locales que invaden la jurisdicción nacional, contradiciendo no solo el artículo 75 de la CN sino también las previsiones de la denominada ley 22.278, en un tema sumamente delicado como son las medidas que pueden aplicarse al niño no pasible de sanciones penales, a un niño o joven no imputable.

Las dificultades en la vigencia de las nuevas leyes ha sido un verdadero problema común a muchas innovaciones de índole procesal. La postergación de la puesta en vigencia de las leyes son claros indicadores de la imprevisión de los recursos de todo tipo indispensables para su operatoria, máxime si se transforman de modo drástico las distintas instituciones asociadas a un nuevo sistema.

Claro que la postergación de la vigencia no es el único problema relacionado con la eficacia de las leyes relacionadas con la infancia. El sistema de promoción y protección de derechos en la Provincia de Buenos Aires evidencia ciertas disfunciones en sus figuras más emblemáticas y en el estado de las instituciones que están involucradas, como veremos más adelante.

II.2. El interés superior del niño y otros principios

El empleo del concepto “interés superior del niño” o expresiones o principios de extrema vaguedad en las leyes también ha implicado severos problemas. Sin definición en la CIDN, se ha interpretado al margen de las disposiciones de la Convención de Viena, que son las que prioritariamente deben tenerse en cuenta. Tampoco ha sido explorado suficientemente su significado a partir del uso que en la propia convención se hace de él, para luego ser definido por la ley 26.061, con una formulación extremadamente incierta. Y su uso ha suscitado su invocación en sentencias de modo antagónico.

Una situación especial suscita la denominada ley 22.278, sancionada durante la última dictadura militar y constitucionalmente cuestionada, pero avalada por la CSJN (Domenech, 2008).

II.3. Las habilitaciones de la edad de jóvenes en la legislación

La mayor edad instituida a los 18 años ha dado lugar a una serie de capacidades relativas antes de ese tope en el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) y otras normativas relevantes.

Hoy un joven está habilitado para conducir un vehículo automotor, a los 17 años para ciertas categorías, un año antes puede conducir ciclomotores sin pasa-

jeros, y esos límites pueden, en ciertas jurisdicciones y con anuencia de autoridades, exceptuarse (ley 24.449 artículo 11).

Desde los 16 años está habilitado para votar, según el artículo 1 del Código Nacional Electoral. Puede contraer matrimonio antes de los 16 años con dispensa judicial y desde los 16 a los 18 con consentimiento de sus representantes legales por prescripción del artículo del CCiv. y Com.

Además, la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume, asimismo, que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos médicos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Este proceso de mayores derechos y capacidades durante la menor edad contrasta, de alguna manera, con un fenómeno contemporáneo conocido como la “extensión” de la adolescencia en sus extremos mínimos y máximos, que la OMS establece entre los 10 y 19 años.

II.4. Conflictividad penal de niños y jóvenes y su visibilidad

Un tema particularmente sensible en el debate de la imputabilidad por razón de la edad es la conflictividad penal de niños y jóvenes, sujeta a una curiosa paradoja. Esta conflictividad debe ser estudiada desde distintas fuentes y perspectivas. Con análisis cuantitativos que permitan visibilizarla en su conjunto, en su distribución espacial y su tipificación penal, y en un análisis cualitativo que presente la casuística, en especial aquella que, intermediada por medios masivos de comunicación social, se presentan como irritativos.

Discriminar uno y otro análisis es crucial para poder establecer un diagnóstico creíble y fiable de la incidencia de una eventual modificación del régimen de responsabilidad penal juvenil, además de considerar que la mera existencia de

un dato o de una fuente no releva en absoluto del análisis de su fiabilidad y de los problemas que implica la lectura de esa información, sea o no cuantitativa.

Solo un análisis cuantitativo o estadístico puede llevar a engaños en el debate en torno a la imputabilidad (3).

La confusión de estos niveles de la conflictividad puede implicar un diálogo entre sordos sin lenguaje de señas porque si un problema es cualitativo (por ejemplo, el análisis de casos con reiteración de infracciones penales por niños inimputables), entonces sostener que estadísticamente las cifras no asignan relevancia a la conflictividad de niños no es ninguna buena respuesta, sencillamente porque no responden a similares interrogantes. No es lo mismo enfrentar como problema el crecimiento de la conflictividad penal de niños y jóvenes que hacerlo en relación con las razones que hacen que un mismo niño reitere, sin límites claros, transgresiones a la ley penal. Tratar distintas cuestiones en un diálogo sesgado es un debate confundido.

No obstante, la conflictividad penal de niños y jóvenes (4) posee una gran visibilidad a través de las cámaras de vigilancia urbanas (5), de las difusiones en Facebook de los propios jóvenes y del impacto mediático de sus transgresiones en diarios y noticieros. Esta multiplicación de las imágenes le devuelve a acontecimientos pasados una singular omnipresencia por reiteración, como si los crímenes y sus responsables los estuviesen siempre cometiendo en una suerte de flagrancia perpetua, que descalifica eventuales dilaciones en los procedimientos o absoluciones. Una sensación que incrementa la inseguridad (Bauman y Lyon, 2013).

Claro que no solo se ha transparentado la conflictividad penal de los niños y jóvenes, sino que también se ha puesto en evidencia los modos de actuación de las instituciones de control social del estado con críticas dirigidas hacia la reiteración de transgresiones de niños inimputables por la edad, sin que se haga nada con ellos, que, tras ser aprehendidos, recuperan rápidamente la libertad, como si en los encierros existieran “puertas giratorias”.

(3) Bachelard lo expresa en estos términos al referirse a los obstáculos epistemológicos en los análisis cuantitativos “Medir exactamente un objeto fugaz o indeterminado, medir exactamente un objeto fijo y bien determinado con un instrumento grosero, he ahí dos tipos de ocupación vana que la disciplina científica rechaza de inmediato” (1948, p. 248).

(4) Ya (...) las cámaras de vigilancia de (...) mostraron quienes pudieron haber sido los homicidas del niño James Burger (...). Hoy las cámaras de vigilancia se han extendido de manera exponencial, en lugares públicos y privados, y las imágenes que exhiben se multiplican de manera incesante en noticieros y redes sociales. Es que el mundo se ha vuelto una “sociedad paranoica”, como lo explica Wajcman (2011, p. 69).

(5) Un caso emblemático es narrado por Sarah Jember. Se trata del niño James Bulger, que fue raptado por dos niños y luego muerto, y fue “descubierto” por cámaras de vigilancia.

Los ejemplos se difunden mediáticamente, pero es indispensable contar con información cualitativa fiable para advertir la seriedad y la complejidad del problema, en especial si se trata de actos graves.

II.5. Los sistemas de promoción y protección de derechos de niños

Otra circunstancia relevante que es necesario tener en cuenta son las dificultades que enfrentan los sistemas de promoción y protección de derechos de niños, a la que ya se ha aludido. Para asegurar la eficacia de una nueva ley es necesario considerar lo que se ha denominado la racionalidad pragmática (Atienza, 1989), es decir las consecuencias que se pueden esperar de su sanción, en especial de los recursos y medios indispensables para que pueda operar con éxito. Las consecuencias de una decisión deben ser tenidas en cuenta según la Convención de Viena para interpretar una disposición convencional entre otros factores (artículo 32 b). Razonar por las consecuencias es entonces importante no sólo para interpretar una ley, sino al momento mismo de idearla y pensar en su vigencia, primero, y luego en su eficacia.

En especial, en la Provincia de Buenos Aires, el estado actual del sistema de promoción y protección de derechos y el de responsabilidad juvenil es crítico y merece ser caracterizado con detalle, lo que excede este trabajo. Las disfunciones del primero han sido advertidas por fallos de la Suprema Corte de Justicia en casos individuales, y organismos como la Defensoría del Pueblo o la Comisión Provincial por la Memoria destacan la crisis del segundo por las condiciones de alojamiento, educación, salud y tratamiento en establecimientos de internación.

También el análisis de otras fuentes de información resulta relevante, como el análisis de los *habeas corpus* interpuestos por agravamientos de las condiciones de detención de niños y jóvenes, o el estudio de los informes que sobre institutos se realizan por los magistrados que integran el fuero de responsabilidad juvenil.

III. Los obstáculos

Presentado el contexto del debate de la imputabilidad de niños y jóvenes, es necesario enunciar los obstáculos que lo afectan, examinarlos, justificarlos y ejemplificarlos.

Estos obstáculos afectan la calidad del debate, tanto del planteamiento de sus términos como de los argumentos que se emplean y se realimentan entre sí, se traman y se presentan en red. De este modo, es necesario tener presente que enunciarlos no implica discriminarlos por completo.

III.1. Urgencia, emergencia y debates

Un obstáculo singular está constituido por la sanción de leyes de manera urgente, una situación que suele ser frecuente cuando las mayorías de la representación están concentradas o cuando existen sucesos que alteran radicalmente las posibilidades de debatir. Curiosamente, con gran frecuencia, perceptible o no, vivimos en una suerte de “estado de excepción”, como lo ha señalado Giorgio Agamben.

En estos últimos casos, leyes como las del denominado dos por uno en materia penal, adoptada con las cárceles tomadas, la ley de obediencia debida y punto final, sancionadas con amenazas de golpes militares en una democracia incipiente y en transición, o más tarde las leyes llamadas Blumberg, sancionadas después de una multitudinaria manifestación, son leyes urgentes y urgidas. Leyes que provocan una inflación legislativa y una singular anomia.

En cambio, otras leyes con mayorías parlamentarias aseguradas se han sancionado con poco debate y han implicado, luego, gran cantidad de remiendos y postergaciones.

Es que en la urgencia y la emergencia el poder suele concentrarse y el debate se pospone o anula, como ocurre también con las garantías constitucionales.

El estado de necesidad y la legítima defensa justifican las reacciones sin mediaciones, del mismo modo que ocurre con la aprehensión en delito flagrante. En otra escala, el estado de sitio limita las garantías constitucionales, y los decretos de necesidad y urgencia desarticulan el papel del sitio por excelencia en las repúblicas, el Congreso, en la distribución del presupuesto de la República, a través de la ley respectiva.

De modo, entonces, que asegurar un debate pausado y serio es condición indispensable para la sanción de leyes con mejores consensos, con menores defectos técnicos y con la previsión necesaria para ponerlas en ejecución. Sobre todo cuando se abordan problemas de gran complejidad como el de la responsabilidad penal juvenil.

En el caso de las leyes de infancia, estos obstáculos han sido claros y reiterados.

III.2. La simplificación del problema

Otra dificultad del debate se encuentra en ciertos argumentos que implican una verdadera simplificación de los problemas que se intentan resolver, capaz de producir una real ceguera, en términos de Edgar Morin, una inteligencia ciega.

“Subir o bajar” la edad de la imputabilidad es una simplificación engañosa.

La habilitación de la edad del niño para asumir ciertas consecuencias, lo que podría denominarse su capacidad, ha estado relacionada no solo con su edad, sino con el grado de su madurez, con los actos que haya realizado y, por cierto, con las consecuencias a las que se asocie su capacidad. Esta afirmación excede el ámbito del derecho penal y tiene su origen en el ámbito civil, desde el Código de Vélez hasta el actual Código Civil y Comercial.

De modo entonces que solo argumentar la edad de la imputabilidad como factor decisivo es completamente insuficiente si no se consideran los restantes factores que es necesario tener en cuenta. La madurez del joven, el acto que ha realizado, su entidad, su gravedad y las consecuencias que se prevén para la realización de ese acto, desde una advertencia hasta una restricción de su libertad.

Por otra parte, deben ser tenidas en cuenta la singular incidencia del Código Penal y la legislación penal complementaria a través de la regulación de las escalas penales de los delitos correspondientes y de las acciones penales que, en la actualidad, se tienen en cuenta para regular la imputabilidad de un niño, en consecuencia, también, del tipo de delito del que se trate.

La legalidad como problema clave también es engañoso.

En efecto, una verdadera simplificación es culpabilizar a la ley y presentarla como un chivo expiatorio que debe ser sacrificado para lavar las culpas, sobre todo las propias. Al culpabilizar a la ley se construye un chivo emisario abstracto que no se quejará ni sangrará al momento del sacrificio, sobre todo cuando las que deben ser sacrificadas son leyes añosas, vetustas, históricas, cuyos legisladores ya no tienen voz y mucho menos voto.

Pero, al pensar un problema de este modo, se oculta que a las leyes las fabrican, o las toleran, los ciudadanos y sus representantes y que además las interpretan y usan jueces y otros operadores. Pensar que la culpable es la ley abre la puerta a una solución mágica y una expectativa falsa como lo es que el cambio de legislación asegurará los derechos de los niños. De este modo, el magnetismo de los derechos (Magistris, 2012) se convierte en una luz que encandila y ciega.

Un registro de la complejidad permitirá no solo evitar argumentaciones falaces, sino también mejorar los términos del debate, encontrar distintos caminos para abordarlo, involucrar a muy diversas personas en el mismo y, por cierto, mejorar las posibilidades de acuerdos de aliento largo. Porque las simplificaciones como las etiquetas solo suelen ser procedimientos para negar al otro, para enfrentar las posiciones, para considerarlo un enemigo, para quedar “atrapados sin salida”.

III.3. El uso político partidario del tema

Las leyes que instituyeron el Patronato de Menores en tiempos de una modernidad sólida tuvieron jugosos debates parlamentarios que pusieron en evidencia disensos y consensos, argumentos y réplicas de los intervinientes. Diálogos, al fin y al cabo, aun en la diferencia. Estas coincidencias en una modernidad sólida, cuando las leyes solían tener nombre y apellido (la del Patronato se la conoce como Agote) han persistido en el tiempo y atravesado democracias restringidas, democracias plenas y dictaduras. Es decir que, como los objetos producidos hace años, estaban contruidos para durar, persistir.

Un singular problema actual radica en el agrietamiento de las opiniones con pocos puentes de consenso en medio de una modernidad líquida, que licua las leyes por multiplicación y cambios incesantes. No pareciesen leyes contruidas para durar sino leyes fabricadas para ser cambiadas prontamente.

Una lógica binaria es el común denominador de este agrietamiento, tan típica de las opiniones “blanco y negro”, los enfrentamientos entre amigos y enemigos, y las comunicaciones tan sencillas como el me gusta o no me gusta sin razón alguna, a puro golpe del ratón de la PC o tecla del celular.

En este sentido, las simplificaciones de problemas y argumentos son una gran herramienta en este contexto, donde la clave radica más en el uso de los problemas para beneficio de una facción que en su solución. Esta condición se convierte en un singular obstáculo que se pone en evidencia en la pobreza de los debates sociales.

III.4. La pobreza del debate

Distintos indicadores evidencian los problemas del empobrecimiento del debate contemporáneo. Un empobrecimiento del diálogo en sus diversas formas ha sido asociado a distintas razones.

En los noventa, Giovanni Sartori alertó sobre el peso negativo de las imágenes y de la televisión en el debate contemporáneo, algo que también señaló Pierre Bourdieu. Y la multiplicación de las imágenes en cámaras de vigilancia, celulares y redes sociales ha sido incesante.

Contemporáneamente, son las redes sociales un medio relevante en los debates y diálogos y, sobre todo, en la política (6). Redes en las que el lenguaje se erosiona y achica, se comprime y limita como instrumento de conocimiento y diálogo.

(6) Esta dificultad en los debates contemporáneos es destacada por Spector (2018).

Sin embargo, no es solo el debate social el que está en juego al momento de analizar la imputabilidad de niños y jóvenes. Son también el debate experto y el debate político los que intervienen y, muy especialmente, el debate legislativo (7).

En estos debates se ponen en juego distintos tipos de diálogos y de argumentaciones que conviene profundizar.

III.4.1. El diálogo con expertos y entre expertos

El diálogo con los expertos asume distintas aristas a tener en cuenta. Si de penalistas se trata, entonces el lenguaje empleado, muchos signos de una enorme intolerancia, es un obstáculo, pero no solo en la comunidad penal, sino con la comunidad social toda. Lo incomprensible obstaculiza desde la comunicación hasta el análisis, la argumentación y la réplica.

Pero si a lo incomprensible se le añade el rótulo de “científico”, como sinónimo de bien fundado, claro e indiscutible, entonces el problema se complica mucho más, por una gama muy variada de razones. Por un lado, porque es difícil aceptar que “lo científico” sea lo bien fundado, pues la ciencia ha crecido no precisamente por sus aciertos, sino por sus errores, por la admisión de lo transitorio y falsable de sus afirmaciones, cualquiera fuere la epistemología con la que se desee caracterizarla (8). Y luego porque la invocación a “autoridades” y “expertos” corre el riesgo de convertirse rápidamente en una falacia. Pues, si de algo vale la opinión experta es por sus razones y no por su etiqueta, y si lo que valen son las razones entonces... ¿no sería útil discutir las y someterlas al debate?

III.4.2. El empleo de la palabra “paradigma”

En el debate social, en general, es necesario tener presente la polisemia de la palabra “paradigma” de origen epistémico y uso difundido. Empleada para conceptualizar el cambio de teorías científicas exitosas y monopólicas por Thomas Khun, es empleada en la actualidad para luchar por un cambio de ideas, de legislación o

(7) La pobreza del debate legislativo está asociada también a las singulares dificultades de técnica legislativa, que se caracteriza por una inflación legislativa que empobrece el valor de la legislación por sus contradicciones, redundancias y vacíos (Pendas García, 1999). Estas falencias técnicas son paradójicas pues, por un lado, ponen en crisis la calidad de la representación política y, por otro, la calidad de leyes que gozan de legitimación política.

(8) Bunge (1959) lo expresa así: “En este proceso, construye un mundo artificial: ese creciente cuerpo de ideas llamado ‘ciencia’, que puede caracterizarse como conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible. Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta.”

de prácticas. Un cambio que no ha sucedido aún, y que, en muchas ocasiones, refleja no pocas dificultades de implementación. Tampoco se han explorado ciertos aspectos que dan cuenta de algunas dificultades que los paradigmas presentan: la primera es que, si por un lado permiten “percibir” algunos fenómenos, por el otro los obstaculizan. Es decir, impiden percibir, ver. La segunda es que los paradigmas se imponen si resuelven los casos que los antiguos paradigmas resolvían y además aquellos que no podían resolver, que se presentaban como anomalías.

Si en el uso extensivo que de la palabra paradigma se realiza se tuviesen en cuenta estas características, entonces se generarían algunos interrogantes interesantes: ¿cuáles son los problemas que no resolvía el paradigma del patronato o el paradigma de la situación irregular que el nuevo paradigma efectivamente resuelve? La segunda es aún más interesante: ¿cuáles son los problemas o circunstancias que el nuevo paradigma no logra ver?

Claro que el uso de la palabra paradigma puede implicar un verdadero proceso de simplificación, y aun de ocultamiento. Más adelante analizaremos la aplicación al Paradigma del Patronato.

La expresión “el paradigma del patronato de menores” involucra muy diversos tipos de cuestiones. Agrupa ciertas leyes, los modos en los que estas leyes se interpretan y usan, y un vasto conjunto de instituciones (tal es el uso del término en Domenech-Guido, 2003).

Este paradigma se anticipa con leyes que limitan hacia comienzos del siglo XX la patria potestad, las leyes de educación obligatoria o de vacunación obligatoria, continúa con leyes laborales que limitan el trabajo de niños, sigue con la llamada ley Agote, continúa con sucesivas leyes de adopción y penales sobre la responsabilidad de menores, leyes locales de procedimiento como la que en la Provincia de Buenos Aires creó los Tribunales de Menores. Por otro lado, en el plano de las ideas, se responsabilizó fuertemente al Estado por los niños y surgieron establecimientos e instituciones singulares. Muchas con limitaciones a la libertad de niños (como los Institutos Reformativos), otras menos gravosas como escuelas-granjas o institutos educativos, Casa del Niño que los alojaban como lo haría una guardería hoy, otras con procedimiento como la libertad vigilada de los niños, la entrega en guarda a familias sustitutas, o la entrega con fines de adopción.

En cuanto a la limitación a la autoridad parental, nació la “disposición del niño” y se imaginó al Juez de Menores como un gran padre sustituto. Posteriormente, se imaginaron distintos tipos de apoyo a los padres y en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia se creó una Secretaría del Patronato, que administraba recursos de apoyo a los núcleos familiares. Este complejo entramado dio lugar a muy diversas prácticas que cambiaron con el tiempo, hasta llegar a algunas que evitaban la internación.

En el ámbito específicamente penal, la edad de la imputabilidad fue variando con el tiempo y a las reglas del CP le sucedieron las normas instituidas por la ley 14.394, y más tarde la ley 22.278. Sin un detalle minucioso, se previó desde la posibilidad de que ninguna pena le fuera aplicada al niño hasta la posibilidad de que fuese igualado con las penas previstas para los adultos, pasando por escalas penales disminuidas. Cuando se emplea la expresión “paradigma del Patronato”, ¿a cuáles de todas cuestiones se está haciendo lugar? ¿Con cuál de todas estas leyes, interpretaciones, usos, prácticas o instituciones se instala un desacuerdo?

Si se registra la complejidad de este “paradigma”, podrá verse que las leyes apenas son un ítem y que los usos e interpretaciones de estas leyes involucran muchos operadores distintos. Desde las legislaturas y poder ejecutivo para sancionar leyes y promulgarlas, la judicatura para usarlas e interpretarlas y un numeroso conjunto de empleados y funcionarios, judiciales o no, para ponerlas en la práctica.

En general, el debate no se presenta sobre un conjunto de cuestiones que lo motiven. Se instaure de manera general y abstracta. Estos planteamientos genéricos afectan la pertinencia de los argumentos que se emplean, pues impiden conocer con detalle los acuerdos y desacuerdos que habrá de discutirse y, por ende, el valor y atingencia de los argumentos que se puedan emplear.

Tampoco los argumentos que se enuncian se presentan como buenas razones, como razones adecuadas, ya que frecuentemente se comportan de un modo parecido a ciertas falacias de inatingencia, como las denominadas falacias “ad hominem”.

Argumentar que una ley es de la dictadura militar, que tiene muchos años y es vetusta o que es una expresión del “paradigma del patronato” es ponerle rótulos, “estigmas”, sin dar mayores precisiones y fundamentos. Las constituciones de la nación y de la provincia, en especial en lo que se denomina su parte dogmática, son añosas, pero no por ellas inadecuadas.

Del mismo modo, sostener que la ley 22.278 es una ley de la dictadura militar en modo alguno es una caracterización adecuada de los malestares y dificultades que esta ley suscita, que son muchos y variados (Domenech, 2008), aunque da cuenta de un origen que no respetó las reglas constitucionales. Pero este origen espurio requiere de precisiones y argumentaciones mayores, sobre todo cuando hubieron otras leyes que la precedieron y que poseían características similares, pero no eran de dictaduras “militares”, y que la ley 22.278 subsiste tras más de 30 años de democracias. Por ende, es necesario contar con un adecuado diagnóstico normativo y empírico basado en evidencias, no en afirmaciones no verificadas, o no argumentadas a partir de estas dificultades. La importancia de este diagnósti-

co es crucial para la justificación, validación y contralor de las alternativas que se propongan. Un diagnóstico que no peque de simplificación deliberada para mostrar que una nueva legalidad resolverá el problema planteado.

Por otra parte, un análisis histórico de esta y otras leyes permitirá ver en qué medida existieron continuidades o rupturas con leyes sancionadas en períodos democráticos, sobre todo cuando al cabo de más de treinta años de la democracia no se han logrado aún consensos como para una modificación del régimen de responsabilidad de niños y adolescentes.

La invocación a principios genéricos también afecta la calidad argumental. Pues principios vagos pueden ser interpretados de modos radicalmente diversos, como ha ocurrido con el “interés superior del niño” en casos concretos. Y en estos casos, la vaguedad de un término incrementa la posibilidad de un uso ambiguo. De este modo, opiniones absolutamente contrapuestas pueden “cobijarse” en el mismo “principio”, sin que se puedan advertir mejor las discrepancias.

Algo similar ocurre con el uso de la expresión el “niño como sujeto de derechos, opuesto al niño objeto de reformas”. La expresión puede ser tan seductora como engañosa si no se especifica con detalle qué es lo que significa y de qué modo se quiere usar o aplicar. Por ejemplo, invocar al niño como “sujeto de derechos”, ¿implica no reconocer que también posee deberes? ¿Alude que a su respecto deben respetarse todas las garantías constitucionales? ¿Implica igualarlo con otros sujetos de derechos? ¿Implica igualarlo con los adultos?

En especial, los debates se ven atravesados por razonamientos falaces que no aseguran que las premisas permitan la inferencia de la conclusión de modo tal que si las primeras son verdaderas las segundas también lo seas. Pero eso no despeja otra curiosidad: que tanto las premisas como la conclusión sean verdaderas pese a que esta no se pueda deducir válidamente de aquellas.

También es necesario reflexionar acerca de las tomas de decisiones en cuerpos colegiados precedidas de debates (sean cámaras legislativas o tribunales) que no se adoptan por la racionalidad de sus razonamientos, sino por la mayoría de los votos de sus integrantes. ¿Cuál es el peso de las argumentaciones en estos casos? Y ¿cuál es el análisis de estas argumentaciones y de la deliberación previa? Son preguntas que exceden el propósito de este trabajo. No obstante, la mala calidad de la legislación que se instituye, y la inflación legislativa, permiten inferir dificultades en el funcionamiento de la representación política, sus acuerdos y sus debates.

Inventariados todos estos obstáculos queda un problema sin duda preocupante, vinculado al significado de las transgresiones penales de niños y adolescentes.

III.5. El significado de las transgresiones penales adolescentes

Al momento de pensar el significado de las transgresiones penales de un niño, conviene reflexionar sobre su significado en la infancia.

Claro que la palabra “niño” involucra grupos etarios muy variados, pero que pueden ser distinguidos, como desde antaño se hizo.

El CC de Vélez dividía a los “menores” e indicaba a la pubertad como un hito, un mojón en la división de la minoridad.

Ese hito coincide con la adolescencia, según la caracterización ya citada de la OMS.

En este sentido, son elocuentes las palabras ya añosas de Winicott (1971):

En pocas palabras, resulta estimulante que la adolescencia se haga oír y se haya vuelto activa, pero los esfuerzos adolescentes que hoy se hacen sentir en todo el mundo deben ser encarados, convertidos en realidad por un acto de confrontación. Esto tiene que ser personal, hacen falta adultos si se quiere que los adolescentes tengan vida y vivacidad. La confrontación se refiere a una contención que no posea características de represalia, de venganza, pero que tenga su propia fuerza.

Estas observaciones de Winicott plantean algunas preguntas de interés. ¿Cómo pensar la ausencia de contención cuando de transgresiones penales se trata? ¿Cómo debe ser esta contención? ¿Cómo evitar que sea una represalia o una venganza? ¿En qué debe consistir su fuerza? ¿Qué sucede cuando esta contención no existe?

Son estos interrogantes los que deben presidir un debate sobre la imputabilidad de los niños y jóvenes, sobre la relación entre los niños, sus actos y sus consecuencias. Sobre los niños y las penas y los pesares.

No obstante, la última pregunta inquieta. Intentaré una conjetura, primero y luego haré una reflexión.

Tal vez sea útil conjeturar que la transgresión penal de un adolescente es un lenguaje. Es una forma de decir sin palabras. Un lenguaje de actos, así como existe un lenguaje de gestos. Una lengua no verbal, no basada en convenciones comunicativas pero significativa. Dolorosamente insignificante.

Si a ese lenguaje no se lo escucha, si a esos actos no se los contiene de alguna manera, si la respuesta es el silencio o la inacción, esta forma singular de la expresión adolescente, esta especial “palabra del joven” no poseerá trascendencia

alguna. Se la habrá condenado a la insignificancia. Y el niño o el joven habrán perdido su condición de sujeto de derecho, de sujeto a derechos propios y ajenos entre adultos sordos y sordidos. Porque el límite es constitutivo de la subjetividad y la identidad y el que permite el reconocimiento de los otros y sus derechos.

La insignificancia de las transgresiones adolescentes puede también suscitar una hipótesis más atrevida, a saber, que las instituciones del estado no hayan podido intervenir en aras de su interés superior y que las prácticas de quienes operen en él impliquen una singular violencia institucional. La violencia del silencio del Estado y la ausencia del adulto.

IV. Bibliografía

Agamben, G. (2005). *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español*, San Sebastián, 28 de sept./1 de oct. Recuperado de www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/contribucion-para-una-teoria-de-la-legislacion- [Fecha de consulta: 13/01/18].

Bachelard, G. (1948). *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Siglo XXI, Argos.

Bauman, Z. y Lion, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Buenos Aires: Paidós.

Byung Chul-Han (2012). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.

Byung Chul-Han (2014). *La agonía del eros*. Barcelona: Herder.

Bunge, M. (1959). *La ciencia, su método y su filosofía*. Recuperado de https://users.dcc.uchile.cl/~cguiter/cursos/INV/bunge_ciencia.pdf [Fecha de consulta 01/03/18].

Benigno Pendas García, B. (1999). Procedimiento legislativo y calidad de las leyes. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10. Núm. 28. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Domenech, E. E. (2004). Violencia y Escritura de las prácticas. *Subjetividad y procesos cognitivos*, UCES (2006), (pp. 115-125).

Domenech, E. E. (2008). Infancias y Buenos Aires. *La protección a la infancia como Derecho Público Provincial* (coord. Mary Beloff). Buenos Aires: Ad Hoc.

Domenech, E. E. (2008). *Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278*. Conferencia presentada en las Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil, organizada por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad Del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 26 de abril.

Domenech, E. E. y Guido, M. L. (2003). *El paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño*. La Plata: Edulp.

Domenech, E. E.; Lescano, M. J. y Jaureguiberry, I. *De niños y penas: Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires*. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20089/Documento_completo.pdf?sequence [Fecha de consulta 26/02/18].

Durán, C. L. (1999). Apuntes sobre la fuente judicial como recurso para la investigación social. *Sociohistórica*. (6). Recuperado de http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2815/pr.2815.pdf [Fecha de consulta 10/01/18].

Kember, S. (1997) Vigilancia, tecnología y crimen: el caso de James Bulkger. M. Lister, (comp.), *La imagen fotográfica en la cultura digital*. Barcelona: Paidós.

Magistris, G. P. (2012). *El magnetismo de los derechos. Narrativas y tensiones en la institucionalización de los Sistemas de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires (2005-2011)*. Tesis presentada como requisito para optar por el título de Magister de la Universidad Nacional de San Martín en Derechos Humanos y Políticas Sociales Buenos Aires, septiembre. Recuperado de <http://www.equidadparalainfancia.org/wp-content/uploads/2013/06/El-Magnetismo-de-los-Derechos.pdf> [Fecha de consulta 05/02/18].

Morin, E. *El paradigma de la complejidad*. Recuperado de http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo_Parte2.pdf [Fecha de consulta 04/02/18].

Morin, E. (s/f). *El pensamiento complejo*. Recuperado de http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo_Parte1.pdf [Fecha de consulta: 20/02/18].

Narodowski, M. (2016). *Un mundo sin adultos. Familia, escuelas y medios frente a la desaparición de la autoridad de los mayores*. Buenos Aires: Debate.

Salvia, A. (2008). *Argentina 2007: condiciones de vida de la niñez y adolescencia. Una mirada desde la perspectiva de los derechos (Informe N° 2 del Barómetro de la*

Deuda Social de la Infancia. Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina). Universidad Católica Argentina.

Spector, E. (2018). *Malversados. Cómo la falacia se apoderó del debate político (y cómo volver a la lógica de la argumentación)*. Buenos Aires: Sudamericana.

Unicef e Instituto de Derechos del Niño. *La nueva normativa de protección de la infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires*. Recuperado de https://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_a_la_infancia_12_11.pdf [Fecha de consulta: 20/02/18].

Unicef (2017). *La pobreza monetaria en la niñez y la adolescencia en Argentina*. Recuperado de https://www.unicef.org/argentina/spanish/La_pobreza_monetaria_en_la_ninez_y_adolescencia_2017.pdf [Fecha de consulta: 20/02/18].

Wajman, G. (2011). *El Ojo Absoluto*. Buenos Aires: Editorial Manantial.

Winnicott, D. W. (1971). *Realidad y Juego*. 5a. ed. Barcelona: Gedisa.

Fecha de recepción: 29-03-2018 Fecha de aceptación: 23-07-2018